

На правах рукописи

СОЛОМКИНА Дина Яковлевна

ЗАДАТОК ПО РОССИЙСКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

**12.00.03 - гражданское право; предпринимательское право; семейное
право; международное частное право**

А В Т О Р Е Ф Е Р А Т

**диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

К а з а н ь - 2007

Работа выполнена на кафедре гражданского и предпринимательского права
Института права Государственного образовательного учреждения высшего
профессионального образования «Самарский государственный экономический
университет»

Научный руководитель – доктор юридических наук, профессор В.А. Хохлов

Официальные оппоненты:

Доктор юридических наук, профессор

Фаткудинов Зефар Максумович

Кандидат юридических наук, доцент

Арсланов Камиль Маратович

Ведущая организация – ГОУ ВПО «Самарский государственный университет»

Защита состоится «14» ноября 2007 года в 14.00 часов на заседании
диссертационного совета Д 212.081.13 по защите диссертаций на соискание ученой
степени доктора юридических наук при Казанском государственном университете им.
В.И. Ульянова-Ленина по адресу: 420008, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18,
юридический факультет, ауд. № 335.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке им. Н.И.
Лобачевского Казанского государственного университета.

Автореферат разослан «06» сентября 2007 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета
кандидат юридических наук, доцент



А.Р.Каюмова

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Динамичное развитие хозяйственной жизни в России, которое имеет место на фоне развития гражданского законодательства и науки гражданского права, приводит к постоянному усложнению как гражданско-правовых законодательных предписаний, так и практических форм, в которых существуют гражданские правоотношения. Эта тенденция наблюдается во всех основных сферах частного права: в вещном праве, праве интеллектуальной собственности, корпоративном праве и, в большей мере, в праве обязательственном. Причем развитие обязательственного права осуществляется не только в смысле экстенсивном (то есть, в смысле выработки новых институтов обязательственного права), но и с точки зрения содержательной. Представляется, что последнее направление развития гражданско-правовых представлений об обязательственном праве является наиболее важным.

Содержательное развитие обязательственного права немыслимо без пристального изучения правовых институтов, составляющих материю этого отдела гражданского права. Именно этим объясняется, на наш взгляд, тот факт, что все большую распространенность приобретают исследования весьма узких вопросов обязательственного права; изучение же глобальных обязательственно-правовых проблем (например, проблем объекта обязательства, ответственности, субъектного состава и т.п.) предпринимается все реже.

Настоящая работа как раз и представляет собой исследование достаточно узкого института обязательственного права – задатка.

Несмотря на то, что собственно задатку в Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ) посвящено всего лишь две статьи (380, 381 Кодекса), этот институт представляет значительный интерес как с научной, так и с практической точек зрения.

Теоретический интерес в изучении задатка заключается в следующем.

Задаток традиционно признается способом обеспечения исполнения обязательств. Однако обеспечительные качества задатка постоянно ставятся под сомнения. Поэтому обращение к обеспечительной функции и ее последовательное изучение может стать существенным подспорьем в дальнейших исследованиях системы способов обеспечения исполнения обязательства.

Кроме того, весьма интересно и еще одно качество задатка: утрата задатка, безусловно, представляет собой меру ответственности должника, нарушившего обязательство, обеспеченное задатком. Это обстоятельство сближает задаток и неустойку. Однако тезис о близости этих двух явлений в литературе пока детально не обсуждался, хотя материалы судебной практики свидетельствуют о том, что суды, в целом, к этой идее относятся положительно.

Достаточно интересной с теоретической точки зрения представляются и проблемы триады функций задатка (обеспечительной, доказательной и платежной), в частности, вопрос о том, существуют ли все эти функции у задатка одновременно, или они возникают последовательно, по мере динамики обязательственного правоотношения, обеспеченного задатком.

Тезис об актуальности изучения института задатка с точки зрения практической юриспруденции вообще, на наш взгляд, не нуждается в особом обосновании. Достаточно привести в качестве его иллюстрации острейшую практическую проблему обеспечения задатками обязательств, возникающих из предварительных договоров, а также весьма острые дискуссии о правовой природе задатков, уплачиваемых участниками публичных торгов их организатору.

Все вышесказанное однозначно свидетельствует о том, что гражданско-правовая проблематика, связанная с задатком, является весьма и весьма актуальной, а соответствующие научные исследования этого правового института - необходимыми для дальнейшего развития науки отечественного гражданского права в целом и обязательственного права в частности.

Степень научной разработанности темы. В настоящее время разработка

института задатка на монографическом уровне отсутствует, что позволяет утверждать о том, что настоящее исследование является первым монографическим изучением отношений, складывающихся в связи с выдачей задатка.

Однако существует некоторое количество публикаций в юридической периодической литературе, посвященных задатку.

Это, прежде всего, крупное исследование задатка, предпринятое отечественным дореволюционным цивилистом В.Э. Эрштремом. Кроме того, из дореволюционных работ, посвященных задатку, можно указать на статьи Д.Д. Грима (посвященную задатку по римскому праву) и В.Л. Исаченко (посвященную преимущественно задатку по Своду законов Российской империи).

Современные публикации о задатке представлены работами В.В. Артемова, Д.Ю. Полдникова, С.В. Щербинина, В.А. Лапача и М.Ф. Ермошкиной.

Несмотря на высокий уровень указанных исследований, можно, на наш взгляд, утверждать, что ни одно из них не имеет комплексного характера (что, впрочем, объяснимо назначением этих работ).

Учебная и комментаторская литература о задатке также не отличается содержательностью. Как правило, авторы комментариев к ГК РФ ограничиваются пересказом собственными словами норм, содержащихся в ст. 380-381 ГК РФ.

Таким образом, степень разработанности темы настоящего исследования можно оценить как невысокую.

Цели и задачи исследования. Целью настоящей работы является изучение правоотношений, складывающихся между участниками обязательства (должником и кредитором), обеспеченного задатком. В ходе исследования получили разрешение следующие проблемы, которые рассматривались диссертантом в качестве задач исследования:

- 1) изучение исторического развития института задатка в римском праве,

законодательстве ведущих западноевропейских государств (Франции, Германии, Швейцарии), праве дореволюционной России (в том числе, и в обычном крестьянском праве), советском гражданском праве;

2) определение места задатка в системе способов обеспечения исполнения обязательств;

3) юридическая квалификация соглашения о задатке;

4) выявление и изучение функций, выполняемых задатком (а именно - доказательственной, платежной, штрафной функций);

5) определение возможных сочетаний институтов задатка и неустойки;

6) изучение возможности наделения задатка функцией пресекающего характера (придание задатку функций отступного);

7) определение возможности включения условия о задатке в предварительный договор (либо заключения соглашения о задатке, обеспечивающего обязательство заключить договор в будущем);

8) изучение правовой природы задатка, уплачиваемого участниками торгов лицу, являющемуся их организатором.

Методологическая основа исследования. В качестве основного метода исследования заявленной темы использовался диалектический метод – как главный способ объективного и всестороннего познания действительности. В работе также использован системный подход, частные методы исследования: историко-юридический, формально-юридический и сравнительно-правовой.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся между участниками обязательства, обеспеченного задатком. Предметом исследования являются правовые нормы, регулирующие выдачу задатка и последствия неисполнения обязательства, обеспеченного задатком, соответствующие доктринальные воззрения, а также практика (в том числе, судебная) их применения.

Теоретическую основу исследования составляют работы выдающихся дореволюционных цивилистов: Н.П. Боголепова, Ю.С. Гамбарова, Д.Д. Гримма, В.Л. Исаченко, К.Д. Кавелина, Л.А. Кассо, Д.И. Мейера, С.А.

Муромцева, С.В. Пахмана, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, В.И. Синайского, В.М. Хвостова, Г.Ф. Шершеневича, В.Э. Эрштрема.

В работе использовались труды иностранных цивилистов, таких как: В. Ансон, М. Бартошек, Е. Годэме, Э. Дженкс, Г. Дернбург, Г. Ласк, Ж. де ля Морандьер, Р. Саватье и некоторых других.

Из работ современных отечественных ученых-цивилистов автором были использованы работы В.В. Артемова, В.В. Бациева, В.А. Белова, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, Б.М. Гонгало, Д.В. Дождева, В.С. Ема, М.Ф. Ермошкиной, О.С. Иоффе, В.А. Лапача, А.В. Латынцева, К.И. Скловского, О.Н. Садикова, Е.А. Суханова, Ю.К. Толстого, Р.О. Халфиной, В.А. Хохлова, О.Ю. Шиловых, С.В. Щербинина и некоторые другие.

Научная новизна работы состоит в том, что настоящая работа является единственным комплексным диссертационным исследованием правовой природы и функций задатка в современной российской гражданско-правовой науке. Новизна работы выражается в следующих положениях, выносимых на защиту:

1. Под способами обеспечения исполнения обязательств следует понимать любые правовые средства, использование которых улучшает положение кредитора в обязательстве по сравнению со статусом кредитора в обычном, необеспеченном обязательстве путем создания дополнительных прав (правовых возможностей) или упрощения защиты кредитором своих прав.

Задаток составляет часть системы обеспечительных мер, но обеспечительные свойства приобрел только после установления связи с фактом неисполнения договора. Изначально же он появился лишь как символ состоявшегося соглашения, выдача задатка долгое время не обладала конститутивным (правообразующим) значением (за исключением древнего германского права).

2. Задаток обладает ярко выраженной обеспечительной (причем – двусторонней) функцией, которая состоит в создании кредитору дополнительных правовых возможностей защиты собственного

имущественного положения (в частности, возможности в упрощенном порядке компенсировать свои возможные убытки). Поэтому исключение задатка из числа способов обеспечения исполнения обязательств, предлагаемое некоторыми исследователями, является преждевременным и необоснованным. Двусторонняя обеспечительная направленность задатка позволяет квалифицировать его не столько как способ обеспечения исполнения отдельного обязательства, сколько как способ обеспечения исполнения договора.

3. Анализ норм § 7 главы 23 ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что соглашение о задатке обладает реальным характером и вступает в силу с момента передачи одной стороной другой стороне обговоренного задатка. В связи с установленным законом реальным характером соглашения о задатке, такое соглашение, заключенное в обеспечение договора, подлежащего государственной регистрации, вступает в силу с момента выдачи задатка, а не с момента государственной регистрации обеспечиваемого договора. Существенными условиями соглашения о задатке являются указание на обеспечиваемое обязательство и условие о размере денежной суммы, составляющей задаток. Иные условия (например, порядок и сроки передачи задатка, место передачи задатка и т.п.) не являются существенными для соглашений о задатке.

4. Устоявшееся в научной литературе мнение о трех функциях задатка (доказательственной, платежной, обеспечительной) нуждается в уточнении. Эти функции возникают у задатка не одновременно, а последовательно, причем вполне возможна ситуация, когда в ходе развития конкретного гражданского правоотношения какая-либо из этих функций вообще не будет реализована.

Доказательственная функция задатка не имеет абсолютного значения, ее действие можно охарактеризовать как «отложенное»: выдача задатка может служить доказательством заключения основного договора только после того, как этот основной договор действительно будет заключен. Но в этом случае ценность подобного доказательства крайне невысока, ведь факт заключения

договора будет доказываться другими весьма надежными доказательствами, прежде всего – предъявлением текста договора.

5. Выражение законодателя, упоминаящего о том, что задаток выдается «в счет причитающихся ... платежей» (п. 1 ст. 380 ГК РФ), является неудачным, так как уменьшение суммы денежного обязательства на сумму задатка происходит не в силу зачета, а потому что задаток представляет собой частичное исполнение обязательства.

6. Соглашение о задатке не порождает у стороны, выдающей задаток, обязанности его выдать; следовательно, у другой стороны отсутствует право требовать выдачи задатка. Это связано с реальным характером соглашения о задатке. Следовательно, в случае неисполнения соглашения о задатке сторона, которая должна была получить задаток, не может взыскать его в судебном порядке. По той причине, что соглашение о задатке не порождает обязательства лица выдать задаток, к нему невозможно применить и нормы о гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства, так как, не выдавая задаток, оно не совершает правонарушения.

7. Лицо, утратившее задаток и возместившее причиненные неисполнением обязательства убытки, освобождается от обязательства (ст. 381, п. 2 ст. 396 ГК РФ). Однако обязанность исполнения обязательства в натуре прекращается с момента утраты задатка, кредитор в этой ситуации имеет право требовать только возмещения убытков, так как в противоположном случае получается, что кредитор, оставивший себе задаток либо получивший его в удвоенном размере, смог бы получить и исполнение по обязательству.

8. В случае, если стороны в соглашении о задатке договорились о том, что задатку придается пресекательная функция (задаток может быть в последствии квалифицирован как отступное), то между ними возникает одно или два факультативных обязательства, содержанием которых является возможность соответствующего лица прекратить все правоотношения, возникшие из обеспеченного договора, посредством утраты задатка либо уплаты его удвоенной стоимости, не возмещая при этом убытки, возникающие у другой

стороны. В случае же, если такого условия в соглашении о задатке нет, то реализация штрафной функции задатка не будет иметь пресекающего эффекта, так как у потерпевшей стороны сохранится право на возмещение причиненных ей убытков. И только после возмещения убытков обеспеченные задатком обязательства прекратятся.

9. К отношениям сторон, связанным с применением ответственности за нарушение обязательства в виде взыскания удвоенной суммы задатка (либо оставлением задатка), следует по аналогии применять нормы ст. 333 ГК РФ. В противном же случае вполне может иметь место ситуация, в которой произойдет необоснованное обогащение кредитора, получившего сумму задатка вследствие неисполнения должником своего обязательства, но не понесшего при этом вообще никаких убытков.

10. Помимо взыскания удвоенной суммы задатка (оставления задатка) кредитор имеет право взыскать также и неустойку, установленную договором на случай его неисполнения. В работе обосновывается вывод о том, что общеправовой принцип недопущения применения двух мер ответственности за одно нарушение в гражданском праве не подлежит применению вследствие действия механизма судебного контроля над размером взыскиваемых с должника мер имущественной ответственности.

11. Возможность включения в предварительный договор условия о задатке основана на следующей логике: принимая на себя обязательство заключить в будущем договор, такое лицо принимает на себя риск невозможности заключения основного договора. Именно обязательство заключить в будущем договор и обеспечивается задатком. Такой подход максимально соответствует потребностям практики, которая нуждается в обеспечительном механизме, который бы действовал и в случае заключения предварительного договора.

12. Устоявшееся в научной литературе мнение о том, что задаток, вносимый участником торгов, не является задатком в смысле ст. 380 ГК РФ, является неверным. В данной ситуации задаток обеспечивает, с одной стороны, обязательство организатора торгов заключить договор с победителем, и, с

другой стороны, аналогичное обязательство участника, выигравшего торги.

Практическая значимость результатов исследования. Результаты, полученные в ходе исследования, могут быть применены как в законотворческой деятельности (в частности, при совершенствовании гражданского законодательства вообще и норм ГК РФ об обеспечении исполнения обязательств в частности), в дальнейшей научной разработке проблем правового регулирования отношений, возникающих между участниками обязательства, обеспеченного задатком. Кроме того, практическое значение исследования заключается в том, что выводы, сделанные в ходе исследования могут быть использованы в практической деятельности, связанной с юридическим сопровождением сделок, разрешением судебных споров, связанных с задатком.

Апробация результатов исследования. Результаты исследования были апробированы в опубликованных работах диссертанта, в выступлениях на конференциях, проводимых Институтом права Самарского государственного экономического университета, в практической деятельности юриста.

Структура работы определяется задачами исследования. Работа состоит из введения, двух глав, разделенных на восемь параграфов, заключения и списка использованных нормативных актов и литературы.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **Введении** определяются актуальность исследования, его цели и задачи, степень разработанности темы, формулируются положения, вынесенные на защиту, формулируется теоретическая и практическая значимость предпринятого диссертационного исследования.

Глава 1 работы «**Историческое развитие и юридическая конструкция задатка**» посвящена, как это следует из названия, изучению генезиса гражданско-правовых представлений о задатке и анализу норм действующего

гражданского законодательства, регулирующего задаток.

Параграф 1 «**История развития института задатка**» содержит в себе последовательное историческое изучение развития представлений о задатке в римском, французском, германском, швейцарском гражданском праве, в англо-американском праве, а также в отечественном законодательстве России на различных этапах его развития, включая обычное крестьянское право, являвшееся до 1917 источником норм гражданского права.

На почве анализа источников древнего гражданского права, наиболее авторитетных законодательных актов зарубежных стран и отечественных гражданских кодексов, можно подвести некоторые итоги исторической части настоящего исследования института задатка.

История развития института задатка показывает, что исходно задаток возникает и развивается, прежде всего, как знак заключения договора. Причем во всех без исключения источниках гражданского права (древних и современных) задаток всегда наделяется функцией доказательственной: передача задатка означает, что между сторонами состоялся договор. Однако, за исключением древнего германского права, выдача задатка сама по себе не составляла заключение договора, то есть, задаток не обладал конститутивным (правообразующим) значением.

Первоначально задаток не наделялся платежной функцией и потому в качестве задатка могли быть выданы не только деньги, но и иное имущество. Это правило римского права было воспринято в отдельных законодательных актах (например, Гражданском кодексе Германии, ГК РСФСР 1922 г.). Однако следствием такого решения является невозможность квалификации задатка в качестве частичного исполнения денежного обязательства.

Обязательным последствием такого подхода является установление правила о зачете задатка в счет причитающегося исполнения при однородности предмета задатка и предмета обязательства. Другой вывод из допущения существования неденежного задатка и, как следствие, отсутствия у задатка платежной функции, - возможность выдачи задатка при заключении

предварительного договора.

Весьма своеобразное развитие получила штрафная функция задатка.

Очевидно, что первоначальный штрафной задаток и задаток доказательственный существовали рядом и не составляли единого явления¹.

При этом любопытно, что в праве некоторых стран был усвоен римский принцип возврата двойного размера задатка (Швейцария, Франция, Россия), а в других странах (Германия, страны англо-саксонского права) правило о возврате двойной суммы задатка принято не было.

Стало быть, штрафная функция задатка (проявляющаяся в праве получателя задатка оставить себе сумму задатка) имеет одностороннее действие – только лишь в отношении лица, выдавшего задаток и нарушившего договор.

Общим правилом является зачетный характер суммы задатка (либо удвоенной суммы задатка) по отношению к размеру возмещаемых убытков, причиненных нарушением договора, по которому был выдан задаток. Однако право на взыскание убытков может быть прекращено в случае, если стороны оговорили, что задаток может иметь значение отступного - потеря задатка или выплата его двойной суммы прекращает обязательства, порожденные соответствующим договором, и, как следствие, у другой стороны договора не возникает права на возмещение убытков, связанных с прекращением договора.

Параграф 2 первой главы исследования (**«Место задатка в системе способов обеспечения исполнения обязательств»**) посвящен определению положения института задатка в системе способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных главой 23 ГК РФ.

В цивилистической литературе было высказано мнение (Д.В. Тариканов, С.А. Зинченко) о том, что задаток (равно как и неустойка) не является способом обеспечения исполнения обязательства. Диссертантом это мнение не разделяется. В качестве аргументации приводятся следующие доводы. При

¹ Целостная, единая законодательная концепция задатка появляется в гражданском праве европейских стран, по всей видимости, только во второй половине XIX века, а в России – в период составления проекта Гражданского уложения, то есть в самом конце XIX века.

определении понятия «обеспечение исполнения обязательства» следует придерживаться широкого понимания термина «обеспечение». Оно может быть сформулировано следующим образом: способ обеспечения исполнения обязательства – это любое правовое средство, использование которого улучшает положение кредитора в обязательстве по сравнению со статусом кредитора в обычном, необеспеченном обязательстве путем создания дополнительных прав (правовых возможностей), а также упрощает защиту кредитором своих обязательственных прав, к числу которых, несомненно, относится как право кредитора требовать реального исполнения, так и его право на возмещение убытков, причиненных неисполнением обязательства. Несомненно, то, что выдача задатка влечет за собой улучшение положения кредитора в обеспеченном обязательстве.

С этой точки зрения все способы обеспечения исполнения обязательства, установленные ГК РФ, находятся во взаимной функциональной связи, взаимно дополняют друг друга и, тем самым, действительно образуют систему. Существуют способы обеспечения, которые позволяют кредитору удовлетворять свои требования к должнику в преимущественном порядке за счет обращения взыскания на обособленное имущество (залог, удержание); существуют способы обеспечения, которые позволяют кредитору привлекать третьих лиц к ответственности за действия должника (поручительство, банковская гарантия); и, наконец, существуют способы обеспечения, которые позволяют кредитору в упрощенном порядке компенсировать свои возможные убытки, которые могут образоваться от нарушения должником основного (обеспеченного) обязательства.

Другое соображение сторонников исключения задатка из числа способов обеспечения исполнения обязательства – то, что действие задатка, заключающееся в функции превенции, является только психологическим, также не выдерживает критики. Ведь с этой точки зрения и залог не может быть признан способом обеспечения, так как должник по обязательству, обеспеченному залогом, также стимулируется, в том числе, посредством

превенции: угрозы обращения взыскания на свое имущество. Поэтому психологический аспект существования тех или иных правовых норм вряд ли должен иметь первостепенный характер при квалификации отдельных правовых институтов, которые регулируются этими нормами.

Параграф 3 главы первой исследования озаглавлен **«Юридическая природа и квалификация соглашения о задатке»**. В указанном параграфе разбираются отдельные вопросы, связанные с формой и существенными условиями соглашения о задатке. В частности, посредством систематического толкования выражения законодателя «письменная форма», которая предусмотрена законом для соглашений о задатке, диссертант приходит к следующему выводу: соглашение о задатке всегда может быть совершено в простой письменной форме, даже если основное, обеспечиваемое обязательство возникло из договора, который должен быть заключен в нотариальной форме. Кроме того, сделан вывод о том, что законом предусмотрены специальные последствия несоблюдения простой письменной формы: при невыполнении требования закона о простой письменной форме соглашения о задатке, денежная сумма, уплаченная одной стороне другой стороной, не может быть квалифицирована как задаток и рассматривается как аванс (п. 3 ст. 380 ГК РФ).

В работе обосновывается вывод о том, что соглашение о задатке является реальным договором, **вступающим в силу только с момента выдачи задатка**.

Диссертантом выявлено всего два существенных условия соглашения о задатке: указание на обеспечиваемое задатком обязательство и определение размера денежной суммы, составляющей задаток. Иные условия (например, порядок и сроки передачи задатка, место передачи задатка и т.п.) для соглашений о задатке существенными не являются.

Соглашение о задатке обладает ярко выраженным каузальным характером. Это связано со следующими причинами. Во-первых, выдача задатка порождает дополнительное обеспечительное правоотношение, действительность которого тесно связана с действительностью основного, обеспечиваемого обязательства. Однако связи соглашения о задатке и основного обязательства не следует

придавать абсолютное значение. Например, в случае если договор, обеспеченный задатком, расторгается не по соглашению сторон, а по решению суда, соглашение о задатке не следует судьбе основного договора.

В **параграфе 4** первой главы - «Функции задатка» - изучаются три функции задатка, которые описываются в цивилистической литературе и предусмотрены действующим гражданским законодательством: доказательственная, платежная и штрафная.

Как следует понимать выражение законодателя о том, что заключение соглашения о задатке и последующая выдача задатка является доказательством заключения договора? Диссертантом отстаивается взгляд, в соответствии с которым, доказательственное значение присваивается задатку, выданному только во исполнение соглашения о задатке, заключенному посредством составления отдельного документа. Во втором случае (условие о задатке помещено в текст договора) вообще нет никакого смысла обсуждать доказательственную функцию задатка – договор итак заключен в письменной форме, следовательно, нет нужды в каких-либо дополнительных доказательствах его существования. Факт выдачи задатка не влечет за собой и придание обеспечиваемым договорным обязательствам какой-то особой устойчивости, как это имело место, в частности, в силу некоторых правил российского обычного крестьянского права, в соответствии с которым договор, по которому был дан задаток, не мог быть расторгнут.

Кроме того, факт выдачи денежной суммы, квалифицируемой сторонами в качестве задатка, не может преодолеть пороки волеизъявления, наличие которых препятствует признанию договора заключенным. Например, в случае если сторона выдала задаток по договору аренды недвижимой вещи, заключенному сроком до одного года, но в договоре аренды стороны не индивидуализировали должным образом предмет аренды (индивидуально-определенную вещь), договор не может считаться заключенным, хотя по нему и был выдан задаток. Этого правила, в частности, весьма твердо придерживаются суды, рассматривающие соответствующие споры.

Основная проблема, возникающая в связи с платежной функцией задатка, состоит в следующем: является ли уплата задатка частичным исполнением обязательства или представляет собой исполнение самостоятельного обязательства, засчитываемого в последствии с счет причитающегося кредитору исполнения?

Несмотря на внешнюю схожесть эти два подхода взаимно исключают друг друга: если задаток действительно является частичным исполнением, то ни о каком засчитывании в счет причитающихся платежей речь вести нельзя. Засчитывание в счет каких-либо платежей может иметь место тогда, когда имеется два различных явления, но их природа схожа, и потому они могут быть соединены.

Обсуждая вопрос о том, на основании чего все-таки происходит уменьшение размера денежного обязательства (зачета или частичного исполнения), диссертант полагает, что правильным было бы придерживаться взгляда на задаток как на частичное исполнение. Применение конструкции зачета в данном случае является весьма искусственным.

В работе отстаивается мнение о том, что наличие у задатка, по общему правилу, платежной функции, не должно препятствовать использованию в обороте и неденежных задатков. В принципе, схожее мнение высказывается и судами, которые допускают выдачу в качестве задатка векселей.

В параграфе также разбираются отдельные вопросы, связанные со штрафной функцией задатка, которая проявляется в утрате выплаченного задатка и выплате удвоенной суммы задатка. В частности, анализируется проблема одно- или двустороннего штрафного действия задатка, возможность применения задатка не только при неисполнении, но и при ненадлежащем исполнении обязательства, возможность одновременной реализации штрафной функции задатка и понуждения к исполнению обязательства в натуре.

В заключение параграфа автором диссертации высказывается и обосновывается следующий взгляд: в том типе задатка, который предусмотрен действующим гражданским законодательством России, далеко не все известные

функции задатка присутствуют одновременно, они возникают и реализуются последовательно, возможно также, что некоторые функции задатка в конкретном правоотношении вовсе не будут реализованы.

Вторая глава исследования («**Соотношение задатка с иными гражданско-правовыми конструкциями**») посвящена изучению применения задатка в сочетании с иными институтами гражданского права - отступным, неустойкой, предварительным договором, торгами.

Указанная глава открывается **первым параграфом**, озаглавленным «**Задаток и отступное**». Общее понимание возможности придания задатку функции отступного (пресекательная функция задатка) таково, сложившееся в цивилистической литературе и судебной практике: стороны вправе своим соглашением признать, что обязательства по договору могут быть прекращены в соответствии со ст. 409 ГК РФ (отступным), причем в качестве отступного может выступать либо сумма задатка (в случае, если о прекращении обязательства заявляет лицо, выдавшее задаток), либо удвоенная сумма задатка (в случае, если о прекращении обязательства заявляет лицо, получившее задаток). В работе отмечается ошибочность этого подхода, которая заключается в следующем. При предоставлении отступного кредитор получает от должника то, что равноценно исполнению обязательства, то есть, пусть и с некоторой долей условности, можно говорить о том, что обязательство прекращается его исполнением. При применении задатка в случае неисполнения должником договора кредитор получает лишь сумму задатка, получение которой никак не может быть приравнено к исполнению обязательства, которое прекращается в результате реализации компенсационной функции задатка.

Диссертант предлагает рассматривать действие пресекательной функции задатка следующим образом. В случае если стороны в соглашении о задатке договорились о том, что задатку придается пресекательная функция, то между ними возникает одно или два факультативных обязательства, содержанием которого является возможность соответствующего лица прекратить все правоотношения, возникшие из обеспеченного договора, посредством утраты

здатка либо уплаты его удвоенной стоимости, не возмещаая при этом убытки, возникающие у другой стороны. В случае же если такого условия в соглашении о задатке нет, то реализация компенсационной функции задатка не будет иметь пресекающего эффекта, так как у потерпевшей стороны сохранится право на возмещение причиненных ей убытков. Обеспеченные задатком обязательства прекратятся только после возмещения убытков, причиненных неисполнением обязательства.

Во **втором параграфе** второй главы («Задаток и неустойка») анализируется возможность применения к процедуре реализации штрафной функции задатка норм о неустойке, и в первую очередь – нормы ст. 333 ГК РФ. Возможность снижения суммы задатка, подлежащего оставлению у лица, его получившего (а также снижения размера удвоенного задатка), обосновывается следующим образом. Основной задачей применения мер гражданско-правовой ответственности является восстановление имущественной сферы кредитора, нарушенной вследствие неисполнения (ненадлежащего исполнения) должником принятого на себя обязательства. Меры гражданской ответственности не должны влечь за собой необоснованное обогащение кредитора за счет неисправного должника.

Вполне возможными представляются ситуации, когда сумма задатка, которая подлежит оставлению у кредитора (либо удвоенная сумма задатка, выплачиваемая кредитору), явно несоразмерна последствиям нарушения должником обязательства, обеспеченного задатком, а точнее – тем убыткам, которые кредитор в принципе мог бы понести вследствие нарушения обязательства, обеспеченного задатком. Таким образом, почва для применения к отношениям, связанным с задатком, ст. 333 ГК РФ, имеется. В противном же случае (полного исключения возможности применения ст. 333 ГК РФ к отношениям, связанным с задатком) может иметь место неосновательное обогащение кредитора, получившего сумму задатка вследствие неисполнения должником своего обязательства, но не понесшего при этом вообще никаких убытков.

Проблеме возможности обеспечения задатком обязательств, вытекающих из предварительного договора, посвящен **третий параграф** второй главы (**«Задаток и предварительный договор»**). Возможность обеспечения задатком обязательств, возникающих из предварительного договора, является предметом оживленных споров. Существует мнение, что заключение соглашения о задатке в данном случае невозможно (Б.М. Гонгало, В. Богданов, В.А. Лапач, К.И. Скловский). Иной подход демонстрируют В.В. Витрянский, В.С. Ем, Е.В. Бутенко, С. Цыганков, которые полагают, что в данном случае соглашение сторон о задатке следует квалифицировать как непоименованный способ обеспечения исполнения обязательств. Высказывается и мнение о том, что задаток, обеспечивающий предварительный договор, ничем не отличается от обычного задатка, регулируемого ст. 380-381 ГК РФ (М. Ермошкина).

Диссертантом обосновывается возможность включения в предварительный договор условия о задатке. Содержание возникающих при этом правоотношений может быть описано следующим образом: принимая на себя обязательство заключить в будущем договор, такое лицо принимает на себя риск невозможности заключения основного договора. Именно обязательство заключить в будущем договор и обеспечивается задатком. Невозможность реализации доказательственной и платежной функции задатка (так как основной договор, порождающий обязательства, еще не заключен) не может служить препятствием для применения задатка в рассматриваемой ситуации, так как функции задатка возникают и реализуются не одномоментно, вполне возможно, что некоторые функции задатка в конкретном правоотношении вообще не будут реализованы. Предлагаемый диссертантом подход максимально соответствует потребностям практики, которая нуждается в обеспечительном механизме, который бы действовал и в случае заключения предварительного договора.

Заключительный, **четвертый параграф** второй главы – **«Задаток, вносимый участниками торгов»**. В работе отмечается, что нормы отечественного гражданского законодательства, обязывающие участников

торгов внести организатору торгов определенный задаток, имеют глубокие исторические корни. В современной отечественной цивилистической литературе до настоящего времени отсутствует единая точка зрения на юридическую квалификацию задатка, вносимого участниками торгов.

Можно выделить три точки зрения по вопросу о том, что представляет из себя задаток, вносимый участниками торгов.

Согласно первой точке зрения, отстаиваемой Б.М. Гонгало и Д.Ю. Полдниковым, платеж, совершаемый участником торгов в пользу их организатора, не может быть признан задатком в смысле ст. 380 ГК РФ, так как между лицом, организующим торги, и участником торгов, до момента подписания протокола о результатах торгов никаких обязательств не возникает.

Другая позиция (В.С. Ем, С.В. Щербинин) заключается в следующем. Задаток, вносимый участником торгов, является специальной разновидностью задатка, который обладает только лишь доказательственной и обеспечительной функцией. Последняя, третья точка зрения (О.А. Беляева) на природу задатка, вносимого участником торгов, состоит в признании его самостоятельным правовым институтом, представляющим комбинацию некоторых других способов обеспечения исполнения обязательств. Судебная практика придерживается следующего взгляда на задаток, вносимый участником торгов: такой задаток является обыкновенным задатком, регулируемым нормами статей 380 и 381 ГК РФ.

По указанному вопросу диссертантом высказывается и обосновывается следующее мнение. Задаток, вносимый участником торгов, обеспечивает, с одной стороны, обязательство организатора торгов заключить договор с победителем, и, с другой стороны, аналогичное обязательство участника, выигравшего торги. Внесение участником торгов задатка и, соответственно, его принятие организатором торгов служат доказательством существования названного обязательства. Утрата задатка участником или выплата двойного размера задатка организатором в случаях нарушения обязательства по заключению договора являются проявлением обеспечительной функции

задатка. Отсутствие же у такого задатка платежной функции не может умалить его квалификацию именно как задатка, так как непереносное выполнение задатком всех трех функций (платежной, доказательственной и штрафной) не является обязательным.

В **Заключении** диссертант подводит итоги проведенному исследованию.

Библиографический список и перечень использованных в диссертации нормативных актов и материалов судебной практики содержится в **Списке использованных нормативных актов и литературы**.

Основные положения диссертации использованы в следующих опубликованных работах:

В изданиях, рекомендованных ВАК Министерства образования и науки РФ:

1. Марусич, Д.Я. Место задатка в системе способов обеспечения исполнения обязательств [Текст] / Д.Я. Марусич // Вестник Саратовской государственной академии права. 2007. - № 3. С. 87-92 – 0, 85 печ. л.

в иных изданиях:

2. Марусич, Д.Я. Задаток по римскому праву/Д.Я. Марусич [Текст] //Актуальные проблемы правоведения: Научно-теоретический журнал. - Самара: Изд-во Самар. гос. экономического университета, 2007. - № 2 – С. 92-99. – 0, 5 п.л.

3. Марусич, Д.Я. О платежной функции задатка [Текст] / Д.Я. Марусич // Юрист Поволжья. – 2007. - №7. – С. 23-31. – 0, 6 п.л.

4. Марусич, Д.Я. Задаток и неустойка [Текст] / Д.Я. Марусич // Актуальные проблемы гражданского права: Отв. ред. О.А. Серова, Т.Б. Замотаева: Межкафедральный сб. научн. трудов. – Самара: Изд-во Самарск. гуманитарной академии, 2005. – С. 112-119. – 0, 45 п.л.

5. Марусич, Д.Я. Правовая природа задатка, вносимого участником торгов [Текст] / Д.Я. Марусич // Правосудие в Поволжье. 2007. - №8. С. 43-50. –

0, 5 п.л.

Соломкина, Д.Я. Задаток по российскому гражданскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2007. – 25 с.

Типография ИПК «Газпромпечатъ»

Заказ ____ ; усл. печ. листов – 1,15; тираж – 100 экз.